

Giornale di
Storia
costituzionale

n. 45 / I semestre 2023



eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History
n. 45 / 1 semestre 2023 Issue n° 45 / 1st semester 2023

Chief Editors

Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Succimarra

International Board

Bruce Ackerman (University of Yale), John Allison (Queens' College, University of Cambridge), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Nick W. Barber (Trinity College, University of Oxford), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Francis Delperée (University of Leuven), Horst Dippel (Universität Kassel), Alfred Dufour (Université de Genève), Thomas Duve (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main), Ignacio Fernández Sarasola (Universidad de Oviedo), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), Jean-Louis Halperin (École normale supérieure, Paris), Jacky Hummel (Université de Rennes 1), Martti Koskeniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRS Cevipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Heinz Mohnhaupt (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main), Marcel Morabito (SciencesPo, Paris), Ulrike Müßig (Universität Passau), Peter S. Onuf (University of Virginia), Carlos Manuel Petit Calvo (Universidad de Huelva), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Schefold (Universität zu Bremen), Gunther Teubner (Goethe Universität, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University).

Board of Editors

Ronald Car, Ninfa Contigiani, Giuseppe Mecca, Monica Stronati

Editors' Assistant

Antonella Bettoni

Address

Giornale di Storia costituzionale, c/o Dr. Antonella Bettoni, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata
Piazzetta dell'Università, 2 - 62100 Macerata, Italy
giornalestoriacostituzionale@unimc.it
www.storiacostituzionale.it

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referaggio anonimo da parte di due esperti selezionati dalla Direzione sulla base delle proprie competenze e interessi di ricerca. Responsabili del processo di valutazione sono i Direttori della rivista.

The papers submitted for publication are passed on two anonymous referees (double-blind paper review), which are chosen by the Chief Editors on the base of their expertise. The Chief Editors are responsible for the peer review process.

I libri per recensione, in copia cartacea o digitale, vanno inviati alla Segreteria di redazione.

Books for review should be submitted (paper or digital version) to the Editors' Assistants.

Il Giornale di Storia costituzionale è indicizzato nelle seguenti banche dati / The Journal of Constitutional History is indexed in the following databases:

Scopus - Elsevier; Heinonline; Historical Abstracts - EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal 01.01.2005); Google Scholar; DoGi (Dottrina Giuridica) - ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)-CNR; BSN (Bibliografia Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici); Catalogo Italiano dei Periodici - ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

Il *Giornale di Storia costituzionale* è una rivista inserita dall'ANVUR nella fascia A dell'Area 12/H2 (Scienze giuridiche) e nella fascia A dell'area 14/B1 (Storia delle dottrine e delle istituzioni politiche) / *The Journal of Constitutional History* is in the section A of the Area 12/H2 (Law) and section A of the Area 14/B1 (History of political doctrines and institutions) according to the assessment of the National Agency for the Evaluation of Universities and Research Institutes

Direttore responsabile

Angelo Ventrone

Registrazione al Tribunale di Macerata n. 463 dell'11.07.2001

Editore / Publisher

Edizioni Università di Macerata
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 - 62100 Macerata
T (39) 0733 2586080
info.ceum@unimc.it
http://eum.unimc.it

Distributed by Messaggerie

ISBN 978-88-6056-856-4
ISSN 1593-0793

La rivista è pubblicata con fondi dell'Università di Macerata.

In copertina: Pulizie della statua della Giustizia Temi davanti al Old Bailey di Londra, 1930

Finito di stampare nel mese di giugno 2023

Printed in the month of June 2023

Prezzo di un fascicolo / Single issue price

euro 40

Arretrati / Back issues

euro 40

Abbonamento annuo (due fascicoli) / Annual Subscription rates (two issues)

Italy, euro 65; European Union, euro 75; U.S.A. and other countries, euro 100

For further information, please contact:

ceum.riviste@unimc.it
T (+39) 0733-258 6080 (Mon.-Fri.: 10am-1pm)

Gli abbonamenti non vengono rinnovati automaticamente. Per ricevere l'annata successiva a quella in corso occorre inviare una richiesta esplicita all'indirizzo ceum.riviste@unimc.it

Subscriptions are not renewed automatically. To receive subscriptions the next year, please send an explicit request at ceum.riviste@unimc.it

Progetto grafico

+ studio crocevia

Impaginazione

Valeria Nicolosi e Carla Moreschini

Sommario / Contents

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 45 / I semestre 2023
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 45 / I semester 2023

- Rule of Law and *Rechtsstaat*. Historical and Procedural Perspectives (second part) / Rule of Law e *Rechtsstaat*. *Prospettive storiche e procedurali (seconda parte)*
- 5 Introduzione / Introduction
LUIGI LACCHÈ
- Fondamenti
- 11 «EU's legal history in the making». Substantive Rule of Law in the Deep Culture of European Law / «La storia giuridica dell'Unione europea in divenire»: lo Stato di diritto sostanziale nello strato profondo della cultura del diritto europeo
MARTIN SUNNQVIST
- 37 The Concept of the Rule of Law – Just a Political Ideal, or a Binding Principle? / La nozione di Stato di diritto: ideale politico o principio vincolante?
JUHA RAITIO
- 47 Obtaining and Assessing Information about Rule-of-Law Compliance in Member State Courts. Using the European Arrest Warrant as an Illustration / Ottenere e valutare le informazioni sul rispetto del rule of law da parte dei tribunali degli Stati membri. Il ricorso al mandato d'arresto europeo come esempio
LOTTA MAUNSBACH
- 77 The Rule of Law Deficit in EU Competition Law – A Time for Reassessment / Il deficit del rule of law nel diritto della concorrenza dell'Unione europea: tempo di bilanci
CRISTINA TELEKI
- 91 Judicial Review in the Digital Era: Safeguarding the Rule of Law Through Added Safeguards? / Il controllo giurisdizionale nell'era digitale: è possibile preservare lo Stato di diritto tramite garanzie aggiuntive?
ANNEGRET ENGEL
- 103 The Action Brought by European Organisations of Judges against the Council of the European Union over the release of EU Recovery and Resilience Funds to Poland

/ Il ricorso di alcune associazioni europee di magistrati contro il Consiglio dell'Unione europea concernente l'erogazione alla Polonia dei fondi europei del Piano di ripresa e resilienza

DURO SESSA, FILIPE MARQUES, JOHN MORIJN

171 Diciotto proposte di lettura / *Eighteen reading proposals*

195 Autori / *Authors*

123 The Role of the Constitutional Scholar in Relation to the Rule of Law Crisis / *Il ruolo del costituzionalista nella crisi dello Stato di diritto*

DARREN HARVEY

197 Abstracts

Ricordi

147 Bartolomé Clavero e la sua storia critica dell'esperienza costituzionale / *Bartolomé Clavero and his critical history of the constitutional experience*

LUIGI LACCHÈ

Testi & Pretesti

155 La storia costituzionale e la letteratura italiana / *Constitutional history and Italian literature*

LUIGI LACCHÈ

Librido

Primo piano / *In the foreground*

163 Saverio Gentile legge / *reads* Roberto Calvo, *L'ordinamento criminale della deportazione*

167 Luigi Lacchè legge / *reads* Valdo Spini, *Sul colle più alto*

Abstracts

Martin Sunnqvist, «*EU's legal history in the making*». *Substantive Rule of Law in the Deep Culture of European Law / «La storia giuridica dell'Unione europea in divenire»: lo Stato di diritto sostanziale nello strato profondo della cultura del diritto europeo*

This article is divided into three parts. First, the rule of law and the *Rechtsstaat* are discussed as part of the deep European legal culture. The model of understanding law is discussed and the relationship between the expert legal culture and the legal culture of the general public is developed. Second, the development of the concept of the rule of law is discussed. Even though it is only more recently that this concept has been brought into treaties and regulations, the main component principles developed much earlier in the case-law of the Court of Justice of the European Union, in part even in the 1960s and 1970s. Adhering to the rule of law is not only a criterion for joining the EU, but the rule of law is also an essential part of EU law. In the final section of the article, the question is posed as to whether we can only look back nostalgically to a time when the rule of law was seen as a concept for the future. The conclusion drawn is that the rule of law is in fact well-established in the deep legal culture of European law, that it has become much clearer as a concept in recent years, and that it has strong and broad support. However, we are witnessing legal history in the making in the EU, as the rule-of-law crisis continues and as action is taken to overcome it.

Il presente contributo è suddiviso in tre parti. Nella prima il *rule of law* e il *Rechtsstaat* vengono esaminati come parte della cultura giuridica europea più radicata. Viene discusso il modello di comprensione del diritto e sviluppata la riflessione sul rapporto tra la cultura giuridica dottrinale e quella della collettività. La seconda parte ripercorre l'evoluzione del concetto di Stato di diritto. Sebbene tale concetto sia stato introdotto nei trattati e nei regolamenti solo di recente, i principi essenziali che lo compongono sono stati sviluppati molto prima dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, segnatamente negli anni '60 e '70. Il rispetto dello Stato di diritto non rappresenta solamente un criterio per entrare nell'Unione, bensì anche un elemento imprescindibile del diritto dell'Unione. Infine, ci si interroga sull'opportunità di rassegnarsi a guardare in un'ottica puramente nostalgica ad un'epoca in cui lo Stato di diritto era visto come un concetto sulle cui fondamenta costruire il futuro. La conclusione che se ne trae è che lo Stato di diritto sia in realtà ben

radicato nella cultura giuridica profonda alla base del diritto europeo, a tal punto che i suoi contorni sono diventati molto più nitidi negli ultimi anni, e che gode di un vigoroso e ampio sostegno. In contemporanea, stiamo assistendo alla storia giuridica in divenire nell'Unione a causa del perdurare della crisi dello Stato di diritto e delle azioni intraprese per superarla.

Keywords / Parole chiave: EU, Rule of law, Rechtsstaat, Deep structures, Deep culture, Case-law / Unione europea, Stato di diritto, *Rechtsstaat*, strati profondi, cultura radicata, giurisprudenza.

Juha Ratio, *The Concept of the Rule of Law – Just a Political Ideal, or a Binding Principle?* / *La nozione di Stato di diritto: ideale politico o principio vincolante?*

The concept of the rule of law has become a topical and controversial issue lately. This article advocates for a thick concept of the rule of law, reflecting the idea that the rule of law has both substantive and formal aspects. The claim of substantive content may be controversial in that it can be seen to obscure what some see as the essential meaning of the rule of law: a requirement of legality. However, the substantive aspect of the rule of law can be linked to the value base of the European Union (EU), where democracy, the rule of law and respect for fundamental and human rights form a trinity where each element is a precondition for the others. To illustrate this trinity, I analyse the British *Ponting* case, which although it dates from the 1980s remains illustrative given the current debates about the rule of law both in the United Kingdom and in the EU. The observance of the core values of the EU is a precondition for mutual trust between Member States, which, in turn, is necessary for a well-functioning EU and for good governance. There is no justification for perceiving a thick conception of the rule of law as a vague and highly abstract “rhetorical balloon” with an undefined meaning. In fact, there are a number of more specific sub-principles to the rule of law which have been interpreted in the case-law of the Court of Justice of the EU (CJEU) and which help to define the rule of law accurately enough. In fact, this has recently been confirmed by the CJEU in its judgment of 16 February 2022 in case C-156/21, *Hungary v. European Parliament and Council* (ECLI:EU:C:2022:97, pp. 236-237).

La nozione di Stato di diritto è un problema sempre più attuale e controverso. Il presente contributo sostiene una concezione *thick* dello Stato di diritto, seguendo l'idea che questo ricomprenda sia aspetti sostanziali che formali. Che lo Stato di diritto abbia un profilo di natura sostanziale potrebbe rappresentare un'affermazione controversa, in quanto si potrebbe leggere come un offuscamento di quello che alcuni considerano la sua stessa essenza: un criterio di legalità. Tuttavia, il profilo sostanziale dello Stato di diritto può essere ricollegato ai valori di base dell'Unione, laddove democrazia, Stato di diritto e rispetto dei diritti fondamentali e umani formano una trinità di elementi che si presuppongono a vicenda. In via esemplificativa, viene preso in esame il caso britannico *Ponting* che, sebbene risalga agli anni '80, è pur tuttavia emblematico alla luce degli attuali dibattiti sullo Stato di diritto sia nel Regno Unito che nell'Unione. Il rispetto dei valori fondamentali dell'Unione è un prerequisito perché si abbia fiducia reciproca tra gli Stati membri che, a sua volta, è necessaria per il buon funzionamento dell'Unione e per assicurare il buon governo. Non c'è motivo per vedere nella concezione *thick* dello Stato di diritto una vaga ed estremamente astratta “bolla retorica” con un significato indefinito. In realtà, una serie di sotto-principi più specifici alla base dello Stato di diritto è stata elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE): tali sotto-principi contribuiscono ad inquadrare lo Stato di diritto in maniera sufficientemente nitida. Non a caso, tale elaborazione giurisprudenziale ha trovato rinnovata conferma nella sentenza CGUE del

16 febbraio 2022 (causa C-156/21, *Ungheria/Parlamento europeo e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:97, pp. 236-237).

Keywords / Parole chiave: Rule of law, legality, liberal democracy, human rights, separation of powers / Stato di diritto, legalità, democrazia liberale, diritti umani, separazione dei poteri.

Lotta Maunsbach, *Obtaining and Assessing Information about Rule-of-Law Compliance in Member State Courts. Using the European Arrest Warrant as an Illustration / Ottenere e valutare le informazioni sul rispetto del rule of law da parte dei tribunali degli Stati membri. Il ricorso al mandato d'arresto europeo come esempio*

As a result of the backsliding of the rule of law in Poland in recent years, several other EU Member States have questioned whether persons whose surrender to Poland is requested by means of a European Arrest Warrant (EAW) issued by virtue of the EAW Framework Decision should actually be surrendered to that Member State, considering that it violates the fundamental rights arising from Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Article 6 of the European Convention on Human Rights. In its case-law concerning such reluctance to execute EAWs, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has developed the exceptional-circumstances doctrine, which constitutes an exception from the main rule—following from the principle of mutual trust and recognition between the Member States—that a person subject to an EAW must be surrendered to the issuing Member State. Under this doctrine, the surrender of a requested person may be refused if that person, were he or she to be surrendered, would run a real risk of breach of his or her fundamental right to a fair trial before an independent tribunal previously established by law. For the purpose of determining whether such a risk exists, the CJEU has empowered the executing judicial authorities—which are often national courts of first instance—to perform a “rule-of-law check” of the issuing judicial authority using a two-step test often referred to as the LM test. This article discusses the conditions under which an executing judicial authority may refuse to execute an EAW with reference to the risk of fair-trial breaches that might occur if the requested person were to be surrendered to the issuing Member State. It first presents the CJEU’s case-law developing the LM test. This is followed by a more detailed analysis of the LM test to establish how executing judicial authorities should concretely apply that test in individual cases when assessing whether a requested person should be surrendered to an issuing Member State. The issues discussed include (i) what criteria are essential for the executing judicial authority’s assessment, (ii) how the executing judicial authority can obtain access to adequate and reliable information about conditions in the issuing Member State and (iii) how that information should be assessed, both at a general level and in relation to a requested person in a specific case.

A seguito dei passi indietro compiuti dalla Polonia negli ultimi anni per quanto concerne lo Stato di diritto, diversi altri Stati membri dell’UE si sono chiesti se gli individui per i quali è richiesta l’extradizione in Polonia tramite un mandato d’arresto europeo (MAE) emesso in virtù della Decisione quadro relativa al MAE debbano effettivamente essere estradate o se l’extradizione comporti una violazione dei diritti fondamentali di cui all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e all’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. La Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE) ha riscontrato tale riluttanza, come si evince dalla sua giurisprudenza, ed ha pertanto sviluppato un orientamento, c.d. delle circostanze eccezionali, che pone in essere un’eccezione alla regola derivante dal principio della fiducia e del riconoscimento reciproco tra gli Stati membri secondo cui un individuo soggetto ad un MAE debba essere estradato nello Stato membro richiedente. Secondo tale orientamento, l’extradizione può essere rifiutata ove l’individuo

corra un rischio attuale di violazione del suo diritto fondamentale ad un giusto processo dinanzi ad un giudice indipendente ed imparziale precostituito per legge. Per valutare l'esistenza di un simile rischio, la CGUE ha autorizzato le autorità giudiziarie incaricate dell'esecuzione del mandato – nella prassi, spesso tribunali nazionali di primo grado – a effettuare una "valutazione dello stato di diritto" nei confronti dell'autorità giudiziaria ordinante tramite una valutazione bifasica, c.d. test di LM. Il presente contributo passa in rassegna le condizioni in presenza delle quali un'autorità giudiziaria può rifiutare di eseguire un MAE, con riferimento al rischio che il diritto ad un giusto processo possa essere violato ove l'individuo sia estradato nello Stato membro richiedente. L'analisi si sofferma innanzitutto sulla giurisprudenza della CGUE che ha sviluppato il test di LM. Segue un'analisi più dettagliata del test di LM per stabilire come le autorità giudiziarie incaricate dell'esecuzione di un MAE debbano concretamente farne applicazione caso per caso. Tale analisi di dettaglio ricomprende: (i) i criteri essenziali per la valutazione del rischio da parte dell'autorità giudiziaria investita dell'esecuzione; (ii) la necessità per l'autorità giudiziaria investita dell'esecuzione di avere accesso ad informazioni adeguate e affidabili sullo Stato di diritto nello Stato membro richiedente; e (iii) il metodo di valutazione di tali informazioni, in generale e caso per caso.

Keywords / Parole chiave: EU law, procedural law, rule of law, independence, European Arrest Warrant / Diritto dell'Unione europea, diritto processuale, Stato di diritto, indipendenza e imparzialità, mandato d'arresto europeo.

Cristina Teleki, *The Rule of Law Deficit in EU Competition Law – A Time for Reassessment / Il deficit del rule of law nel diritto della concorrenza dell'Unione europea: tempo di bilanci*

The ongoing rule-of-law crisis in the European Union (EU) has given a new lease of life to a long-forgotten discussion about the relationship between the rule of law and EU competition law. According to this article, the current system of competition-law enforcement in the EU suffers from a rule-of-law deficit attributable to a constitutional set-up in which the EU Commission does not comply with EU fundamental rights, in particular due process, when it enforces EU competition law. The article takes an anatomical approach to EU competition law, proposing a metaphor according to which the Commission is the brain and the hands of the system while the Court of Justice of the European Union (CJEU) is the heart of EU competition law. It is argued that the rule-of-law deficit stems, on the one hand, from the growth in vigour of both fundamental rights and due process and, on the other hand, from the withering force of due process in EU competition-law proceedings. The article further argues that the rule-of-law deficit affecting EU competition law poses risks to the legitimacy of the EU, the functioning of the National Competition Authorities (NCAs) and the protection of EU citizens.

L'attuale crisi dello Stato di diritto nell'Unione europea ha ridato nuova vita ad un dibattito da tempo archiviato sul rapporto tra Stato di diritto e diritto della concorrenza dell'Unione. Il presente contributo sostiene la tesi secondo cui l'attuale sistema di applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione soffrirebbe di un deficit sul piano del *rule of law* attribuibile ad un assetto costituzionale in cui la Commissione europea non rispetta i diritti fondamentali dell'Unione, in particolare il giusto processo, nell'applicare il diritto della concorrenza. Il presente contributo adotta un approccio "anatomico" al diritto della concorrenza dell'Unione, proponendo una metafora secondo cui la Commissione rappresenta il cervello e le mani di tale branca del diritto, mentre la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ne rappresenta il cuore. Si argomenta che il deficit dello Stato

Abstracts

di diritto derivi in parte dalla affermazione dei diritti fondamentali e del giusto processo e in parte da un indebolimento del giusto processo nei procedimenti inerenti il diritto della concorrenza dell'Unione. Il presente contributo sostiene infine che il deficit dello Stato di diritto nell'ambito della concorrenza metta a repentaglio la legittimità della stessa Unione, il buon andamento delle autorità nazionali garanti della concorrenza (ANC) e la tutela dei cittadini dell'Unione.

Keywords / Parole chiave: Rule of law, Due process, Fair trial, Competition law, Independence / Stato di diritto, giusto processo, diritto della concorrenza, indipendenza ed imparzialità.

Annegret Engel, Judicial Review in the Digital Era: Safeguarding the Rule of Law Through Added Safeguards?/ Il controllo giurisdizionale nell'era digitale: è possibile preservare lo Stato di diritto tramite garanzie aggiuntive?

This article analyses the rule of law in the Digital Single Market with a particular focus on the recent *Ligue des droits humains* judgment (in case C-817/19), which deals with the PNR Directive (directive (EU) 2016/681). In that judgment, the CJEU essentially imposed additional safeguards on a legislative measure in an attempt to protect fundamental rights and the rule of law, rather than declaring that measure invalid. This indicates a shift in its approach to judicial review. On the one hand, this could weaken the rule of law where unfit legislation is judicially validated. On the other, the new approach might strengthen the rule of law by means of the added safeguards. This, however, raises further questions as regards legal certainty and the CJEU's appropriation of quasi-legislative functions. As will be argued, such judicial powers may become both a blessing and a curse, in particular concerning the rather fast-paced Digital Single Market, where the legislator is often two steps behind. One potential benefit is that recent legislation in the digital field, such as the Digital Markets Act and the Digital Services Act, if legally challenged and found wanting, may be more likely to remain intact, which reduces the risk of a legislative void and legal uncertainty.

Il presente contributo si propone di analizzare il *rule of law* nel mercato unico digitale, con particolare attenzione alla recente sentenza *Ligue des droits humains* (causa C-817/19) che riguarda la direttiva PNR (direttiva (UE) 2016/681). Con tale sentenza, la CGUE ha essenzialmente imposto garanzie aggiuntive rispetto ad una misura legislativa nel tentativo di proteggere i diritti fondamentali e lo Stato di diritto ma non ha dichiarato l'invalidità di tale misura. Ciò è indicativo di un cambiamento nel suo approccio al controllo giurisdizionale. Da un lato, tale nuovo approccio potrebbe indebolire il *rule of law* nel caso in cui venga dichiarata valida in via giudiziale una misura legislativa sostanzialmente invalida; di contro, potrebbe rafforzare lo Stato di diritto in ragione dell'attribuzione di garanzie aggiuntive. Tuttavia, anche in relazione a eventuali risvolti positivi, emergono questioni inerenti la certezza del diritto e l'appropriazione da parte della CGUE di funzioni quasi legislative. Come si vedrà, tali poteri giudiziari potrebbero assurgere tanto ad una benedizione quanto ad una maledizione, in particolare per quanto riguarda il mercato unico digitale, con cui il legislatore stenta a stare al passo data la sua repentina evoluzione. Un vantaggio potenziale è che la recente legislazione in campo digitale, come il *Digital Markets Act* e il *Digital Services Act*, se giuridicamente contestata e trovata carente, potrebbe avere maggiori probabilità di rimanere in piedi, il che ridurrebbe il rischio di un vuoto legislativo e di una situazione di incertezza giuridica.

Keywords / Parole chiave: Judicial review, Digital Single Market, added safeguards, rule of law, fundamental rights / Controllo giudiziario, mercato unico digitale, garanzie aggiuntive, Stato di diritto, diritti fondamentali.

Duro Sessa, Filipe Marques, John Morijn, *The Action Brought by European Organisations of Judges against the Council of the European Union over the release of EU Recovery and Resilience Funds to Poland / Il ricorso di alcune associazioni europee di magistrati contro il Consiglio dell'Unione europea concernente l'erogazione alla Polonia dei fondi europei del Piano di ripresa e resilienza*

On Sunday, 28 August 2022, four major organisations of European judges – the European Association of Judges (EAJ), the Association of European Administrative Judges (AEAJ), Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL) and Judges for Judges (J4J) – brought an action before the General Court of the European Union challenging the Decision of the Council of the European Union of 17 June 2022 releasing funds to Poland to help it recover from the COVID-19 pandemic. That Decision sets forth milestones that Poland must achieve to obtain access to “European Recovery and Resilience Funds”. Of those milestones, the ones concerning the judiciary are (1) the disbandment and replacement of the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court; (2) the reform of the disciplinary regime applicable to judges; and (3) the review of disciplinary decisions already taken, to be performed by a new Chamber that must replace the existing Disciplinary Chamber. The four judges’ organisations argue that achieving these milestones will not be sufficient for Poland to fully comply with the relevant judgments of the Court of Justice of the European Union, which is why they are seeking to prevent the release of recovery funds to Poland until those judgments are complied with.

This article starts by describing the four applicant organisations and their respective goals and objectives. Then it gives a quick overview of the backsliding of the rule of law seen in the European Union over the past decade and describes the contested Council Decision. Next, it explains why the four organisations decided to take such a radical step and summarises the main arguments on which the action brought is based.

Il 28 agosto 2022 quattro tra le maggiori associazioni europee di magistrati – l’Associazione Europea dei Magistrati, l’Associazione dei giudici amministrativi europei, l’Associazione *Magistrats européens pour la Démocratie et les Libertés* (MEDEL) e la Fondazione *Judges for Judges* – hanno presentato un ricorso al Tribunale dell’Unione europea avverso la decisione del Consiglio dell’Unione europea del 17 giugno 2022, che ha sbloccato i fondi UE per la ripresa e la resilienza a favore della Polonia, a fronte della crisi causata dalla pandemia da Covid-19. Tale decisione ha stabilito le tappe fondamentali che la Polonia deve raggiungere per ottenere l’accesso ai fondi europei per la ripresa e la resilienza. Le tappe che riguardano il sistema giudiziario sono: (1) lo scioglimento della Camera disciplinare della Corte suprema polacca, che dovrà essere sostituita da altro organo; (2) la riforma del regime disciplinare applicabile ai magistrati; e (3) la revisione delle decisioni di natura disciplinare già emesse, da effettuarsi ad opera di una nuova Camera che sostituirà l’attuale Camera disciplinare. Le quattro associazioni ricorrenti sostengono che il raggiungimento di questi obiettivi non sarà sufficiente affinché la Polonia rispetti pienamente le sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea, motivo per cui chiedono che l’erogazione dei fondi alla Polonia sia sospesa finché perdurerà il mancato rispetto di tali sentenze.

Il presente contributo descrive innanzitutto le quattro organizzazioni ricorrenti e gli obiettivi rispettivamente perseguiti. Seguono una rapida panoramica della battuta d’arresto dello Stato di diritto nell’Unione nell’arco dell’ultimo decennio e una illustrazione della decisione del Consiglio. Infine, vengono esaminati i motivi che hanno spinto le quattro associazioni a compiere un passo così radicale e vengono riassunte le principali argomentazioni su cui si basa il ricorso.

Keywords / Parole chiave: Rule of law, Judicial independence, International organisations of

judges, Article 19 TEU, Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights, Recovery and Resilience Plan / Stato di diritto, indipendenza della magistratura, associazioni internazionali di magistrati, art. 19 del Trattato sull'Unione europea, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, piano di ripresa e resilienza.

Darren Harvey, *The Role of the Constitutional Scholar in Relation to the Rule of Law Crisis / Il ruolo del costituzionalista nella crisi dello Stato di diritto*

This paper considers recent debates around scholactivism and the proper role of the constitutional scholar. The first half of the paper takes stock of differing views that have recently been expressed on this matter and unpacks some of the key points of contention that arise from these differing perspectives. After this survey of the terrain, which yields a series of questions, it is argued that any examination of the proper role of the constitutional scholar is incomplete, particularly when it comes to upholding the rule of law, if it does not factor in the educational function(s) that scholars perform as part of their everyday duties. This approach is prompted by the fact that much of the discussion to date has focused upon the scholarly activities of research and the dissemination of research findings. When it comes to the role that constitutional scholars can play as educators in upholding the rule of law, matters can be viewed from both an internal, faculty-oriented perspective and an external, public-oriented one. In both cases, the constitutional scholar can make a significant contribution towards inculcating an understanding of, and respect for, the rule of law. This requires, first and foremost, the ability to effectively articulate and communicate a clear understanding of what the point of the rule of law is and why the rule of law matters. It is claimed that avoiding the arbitrary exercise of power is the essential purpose of the rule of law. As experts with insights and opinions on these questions, constitutional scholars stand at the vanguard of vigilance when it comes to detecting actual and potential cases of this. It is argued that, rather than staying silent whenever the facilitation of the arbitrary exercise of power is on the rise, the constitutional scholar's role as educator requires her to draw upon the language of the rule of law – its values, concepts and ideals – in order to comment on and critique such developments. Doing nothing cedes the ground to those who would wish to dismantle the rule of law and, crucially, allows those forces to do so in the face of less resistance from those who are best placed to explain what the point of the rule of law is. Moreover, it guarantees that the debate is conducted without the wider public being able to share in the expertise and arguments of constitutional scholars as to why the rule of law is of such profound importance to addressing the perennial problem of the arbitrary exercise of power. When it comes to the rule of law, educating both students and the wider public about the point behind the rule of law seems to me to be perfectly in keeping with the proper role of the constitutional scholar.

Il presente contributo prende le mosse dai recenti dibattiti sull'attivismo dottrinale (*scholactivism*) e sul ruolo del costituzionalista. La prima parte fa il punto relativamente alle varie tesi proposte di recente in merito a tali questioni e analizza alcuni dei principali punti controversi che emergono. A seguito di tale ricognizione, da cui sorgono alcuni punti interrogativi, viene constatata l'incompletezza di qualsiasi prospettazione volta alla definizione del ruolo proprio del costituzionalista, in particolare quando si tratta di dare manforte allo Stato di diritto, ove non tenga conto della funzione o funzioni educative che i costituzionalisti esercitano nel loro quotidiano. Tale approccio trova la sua ragion d'essere nella circostanza che gran parte del dibattito sull'attivismo dottrinale si è concentrato sinora sulla ricerca accademica e sulla diffusione dei risultati della stessa. Per quanto riguarda il ruolo che i costituzionalisti possono svolgere, in qualità di educatori, nel sostenere lo

Stato di diritto, è possibile adottare una prospettiva interna, orientata verso il contesto accademico, così come una prospettiva esterna, orientata alla collettività. In entrambi i casi, il costituzionalista può dare un contributo significativo al fine di assicurare la comprensione e il rispetto dello Stato di diritto. Ciò richiede, innanzitutto, la capacità di articolare e comunicare in modo efficace una chiara prospettiva circa la ragion d'essere e l'importanza dello Stato di diritto. A tal proposito, si sostiene che evitare l'esercizio arbitrario del potere rappresenti lo scopo essenziale dello Stato di diritto. In quanto esperti in tali questioni, i costituzionalisti sono all'avanguardia nel vigilare sulla casistica, reale e potenziale, in tal senso. Si sostiene che, piuttosto che rimanere in silenzio allorché viene concesso terreno all'esercizio arbitrario del potere, il ruolo di educatore del costituzionalista gli imponga di attingere al linguaggio dello Stato di diritto – quindi ai suoi valori, concetti ed ideali – per commentare e criticare tali derive. Il silenzio favorisce coloro che vorrebbero smantellare lo Stato di diritto e, segnatamente, permette loro di procedervi a fronte di una resistenza sminuita proprio da coloro che sono nella posizione ottimale per giustificare la ragion d'essere dello Stato di diritto. Inoltre, tale silenzio ha come conseguenza che il dibattito sullo Stato di diritto venga condotto senza che la collettività abbia a propria disposizione le competenze e le argomentazioni dei costituzionalisti sul perché lo Stato di diritto sia d'importanza cruciale per contrastare l'esercizio arbitrario del potere, una deriva in essere da tempo immemore. Nel dibattito sullo Stato di diritto, educare sia gli studenti che la collettività sulla ragion d'essere dello stesso appare perfettamente in linea con il ruolo proprio del costituzionalista.

Keywords: Scholactivism, Rule of law, Legal education, European Union, Constitutionalism / Attivismo dottrinale (*scholactivism*), Stato di diritto, educazione alla legalità, Unione europea, costituzionalismo.